

LA ECONOMÍA CONDUCTUAL: TENDENCIA ACTUAL EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

MARÍA PAULA BOTERO *
SOFÍA ZARAMA **

RESUMEN

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2010
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2010

El presente artículo es el resultado de una investigación realizada sobre un tema actual cuyo auge está aumentando significativamente: la Economía Conductual. Ésta surge como un “rama” de la economía que cuestiona los fundamentos básicos de la economía neoclásica al poner en duda el axioma de la razón del agente económico. Busca por tanto empezar a estudiar el comportamiento de los sujetos partiendo de los sus procesos cognitivos y motivacionales. Luego de hacer una exposición general sobre el tema, en su mayoría inexplorado por la literatura jurídica nacional, se exponen, cuales son las amplias implicaciones que este nuevo pensamiento puede tener en la ciencia jurídica.

Palabras clave: economía conductual; agente racional; homo vulgaris; análisis económico del derecho.

ABSTRACT

This article is the product of a research in behavioral economics, a current and, nowadays, a very meaningful topic. This is a field of economics that challenge the basic foundations of neoclassic economy criticizing the rationality of economic agents. It is an

* Estudiante de Derecho. Sexto semestre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. Contacto: mariapaulabh@hotmail.com

** Estudiante de Derecho. Sexto semestre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. Contacto: szarama44@hotmail.com

attempt to introduce a behavioral approach of human actions and choices. In this paper the authors initially illustrate an overall view of the issue, mostly unexplored by the national literature, and then describe the many implications that this new economic view can have on law.

Key words: behavioural economic; rational agent; homo vulgaris; law and economics.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente artículo es exponer, en consonancia con las realidades y tendencias el análisis económico del derecho, algunas iniciativas investigativas en Economía Conductual y evaluar posteriormente las implicaciones de dicha tendencia económica en el derecho. Para ello, se desarrollará el tema en dos partes.

En la primera, se presentará la estructura general del pensamiento filosófico en cuyo marco conceptual surge como disciplina científica la economía; luego, se identificará el “Modelo de Agente Racional” (“*homo economicus*”), sujeto convencional y primario del estudio de la economía. Posteriormente, se resumirán las observaciones críticas iniciales formuladas a ese “Modelo de Agente Racional”, y se expondrá el “Modelo Sustituto” del mismo, propuesto por la reciente “Economía Conductual”. Finalmente, se señalará cómo la crisis del “Modelo tradicional” y las “limitaciones del modelo sustituto”, están llevando a poner en duda la naturaleza científica misma de la economía, y a formular propuestas de índole más pragmática que teórica para la interpretación de los hechos, decisiones y comportamientos económicos.

En la segunda, se expondrá cuál es la relación entre la economía conductual y el análisis económico del derecho y para tales propósitos se enunciarán determinados supuestos claves de la economía conductual resaltando, en cada caso, cuales son sus efectos en materia legal.

2. LA ECONOMÍA CONDUCTUAL

2.1. El marco racionalista

El desarrollo científico moderno comienza, transcurrida buena parte del Renacimiento, cuando la filosofía deja de ser ontológica y vuelve a preocuparse preferencialmente, como en la Grecia clásica, por encontrar caminos metodológicos conducentes a la “verdad”. (Enciclopedia Practica Jackson, 1963, p. 124).

A partir del siglo XVII, y especialmente con el “Iluminismo” (siglo XVIII), la reflexión filosófica buscó aclarar, por vía de la Razón, los fundamentos del conocimiento, los fenómenos y realidades de la naturaleza, las costumbres y leyes de la convivencia humana, y hasta los dogmas de la religión. Al sustituir el silogismo, de corte aristotélico y escolástico, como esquema de pensamiento para indagar las realidades del ser y del mundo, por la duda metódica y la observación inductiva, RENÉ DESCARTES y FRANCIS BACON, respectivamente, abrieron paso definitivo, al “racionalismo”, piedra angular del pensamiento científico moderno. Complementariamente, JOHN LOCKE (1632-1700) consagraría al “empirismo” como fuente única de la certeza, y DAVID HUME (1711-1746) introduciría el “positivismo”. (Enciclopedia Práctica Jackson, 1963, p. 125).

Desde entonces, y prácticamente hasta nuestros días, todas las ciencias, y por supuesto el Derecho y la Economía, han ido construyendo unos cuerpos de teoría de estructura y contenidos básicamente racionalistas. Sus sujetos de estudio son concebidos como “Agentes Racionales”, tanto en su naturaleza como en sus comportamientos (HARSANYI, J., 1986, p. 82).

2.2. El “*Homus Economicus*”

La economía, desde su aparición como disciplina científica, en la misma época y en el marco de emancipación del pensamiento racionalista, asumió como supuesto básico un “Modelo de Agente Económico Racional”. (El denominado “*Homus Economicus*”), cuyo comportamiento se concibe, según los principios y “razonamientos” generales siguientes (MALETTA, 2010):

- Las actuaciones son “racionales”, esto es, “pensadas”, razonadas, elaboradas.
- Busca aprovechar las oportunidades existentes.
- Busca maximizar su función de utilidad y optimizar sus preferencias mediante actuaciones “racionales”.
- Tiene un conjunto de preferencias consistentes, lo cual implica que cuenten con propiedades como la irreversibilidad y la transitividad. Son también exógenas y estables².

2 Según HÉCTOR MALETTA, “los ordenamientos subjetivos de preferencias son considerados como el efecto de factores psicológicos, biológicos, culturales o de cualquier otra índole, pero siempre extraeconómicos y se los toma como un dato. Si bien se admite que las preferencias pueden cambiar con el tiempo, esos cambios normalmente no están incorporados en la teoría económica sino que son considerados también como un hecho exógeno.” (2010, p. 3).

- La eficiencia es la norma de su actuación.
- Actúa en condiciones de libertad.
- Tiene conocimiento e información del ámbito y objeto de sus escogencias y actuaciones.

Además, las elaboraciones teóricas generales, en la economía clásica y neoclásica, han supuesto que el comportamiento (decisiones, escogencias y actuaciones) del “*Homo Economicus*”, se da en condiciones de certidumbre, y en un estado de “presente continuo” y “equilibrio sostenido” de su contexto³. Por añadidura, los factores externos y las ocurrencias de cambio del entorno no cuentan ni influyen las actuaciones del “Agente” (MALETTA, 2010).

2.3. La Racionalidad Limitada

A mediados del siglo XX, el Nobel de Economía, HERBERT SIMON -1950-, advirtió ya con rigurosidad académica, la “racionalidad limitada” de los agentes económicos. Ante las nuevas condiciones de la época, propuso el reconocimiento de las “limitaciones computacionales” y de las “limitaciones cognoscitivas” del “agente racional económico”. Sostuvo SIMON que resultaba imposible, ante la cantidad de información y conocimiento existentes, que el “agente económico racional”, al tomar decisiones, pudiera acceder y procesar las mismas (KAHNEMAN, 2003, p. 1449).

Al actuar con racionalidad limitada, según SIMON, el “Agente Económico” no busca ni puede obtener una “optimización de sus preferencias”, sino que se contenta con unas soluciones “satisfactorias”. En consecuencia se cuestionan e invalidan los supuestos y alcances básicos del “Modelo Económico Racional” tradicional (KAHNEMAN, 2003, p. 1450).

El Nobel DOUGLAS NORTH (2007), representante de la “Nueva Economía Institucional”, advierte también los límites de la racionalidad, al argumentar que las “instituciones”, como elementos estructurados por las creencias, las tradiciones y la cultura, son formadores de juicios y preferencias preponderantes de los agentes económicos.

3 El análisis económico parte de una situación inicial como de equilibrio, en la que cada agente cuenta con recursos de la forma más satisfactoria posible, posteriormente se introduce una perturbación exógena, generando un nuevo estado de equilibrio en el cual se sitúan los agentes quedando con una posición y distribución de recursos satisfactoria hasta que se produzca una nueva perturbación y se repita el proceso. (MALETTA, 2010, p. 3) “Las situaciones de equilibrio surgidas de la acción racional de los agentes, tienen en teoría la propiedad de ser óptimas en el sentido de PARETO (nadie puede aumentar su utilidad sin disminuir la de algún otro agente); más aun, ese equilibrio representa el uso óptimo de los recursos (el más eficiente) y tiene como resultado el máximo posible de bienestar que los agentes pueden lograr (de acuerdo a sus propias preferencias y los recursos con que cuenta).” (MALETTA, 2010, p. 18).

Según NORTH (2007, p. 22), el deseo de los hombres por reducir la incertidumbre en su medio ambiente los incentiva a actuar. Sin embargo, como consecuencia de dicho esfuerzo, el medio ambiente sufre modificaciones constantes y surge nuevamente la incertidumbre y con ella nuevos desafíos por entenderla

Para reducir la incertidumbre el hombre interpreta el medio ambiente valiéndose de sus percepciones del mundo, las cuales resultan de una estructura institucional originada a lo largo del tiempo a partir de creencias dominantes, y compuesta por reglas formales, normas informales y los mecanismos para el cumplimiento de unas y otras. En este orden de ideas, la cultura de una sociedad, es la estructura acumulativa de reglas, normas y creencias heredadas del pasado que influyen en decisiones presentes y futuras (NORTH, 2007, p. 24).

Cabe señalar que para NORTH (2007, p. 18), es posible mitigar la incertidumbre, mas no eliminarla por completo, pues las restricciones que la estructura institucional impone a los agentes que deciden innovar para mejorar sus posiciones económicas o políticas, tienen resultados inciertos como reflejo de la imperfecta comprensión del medio ambiente y la también imperfecta naturaleza de las reglas utilizadas para imponer dichas restricciones.

Ahora bien, la estructura institucional no permanece indemne con el paso del tiempo, por el contrario, experimenta un cambio de carácter acumulativo y continuo en la medida en que los emprendedores políticos y económicos adviertan nuevas oportunidades o reaccionen ante nuevas amenazas que afecten su bienestar. Las modificaciones de la matriz institucional llevan a replantear las percepciones de la realidad, surgiendo nuevos intentos de los agentes por mejorar su posición, dándose así la configuración de un proceso incesante de cambio (NORTH, 2007, p. 19).

Del planteamiento de NORTH se concluye que *“el supuesto de racionalidad no es erróneo, pero ese tipo de aceptación impide una comprensión más profunda del proceso de toma de decisiones, al confrontar las incertidumbres del complejo mundo que hemos creado”*. Por el contrario, invita a un estudio de las percepciones, que con el ánimo de reducir la incertidumbre, inducen a la innovación institucional, partiendo de un paisaje humano en continua transformación y con nuevos desafíos que se enfrentan con estructuras creadas con influencia de políticas derivadas de explicaciones “no racionales”⁴ (NORTH, 2007, p. 23).

4 *“El supuesto de racionalidad sustantiva del economista funciona bien en los mercados competitivos de precios anunciados”*, en los que el precio es un simple parámetro y las decisiones radican exclusivamente en la cantidad a comprar o vender. Por el contrario, cuando el precio pasa a depender del comportamiento de otros compradores y vendedores, por la complejidad de la decisión es necesario comprender el proceso cognitivo del agente, especialmente cuando la información y la retroalimentación

Hecha esta breve referencia de los límites al modelo Económico Racional, es preciso ahora ahondar en la “Economía Conductual”, campo de la Economía que evalúa las fortalezas y debilidades del modelo de elección racional partiendo de tendencias cognitivas y emocionales que prevalecen en determinadas circunstancias (<http://www.cepe.ethz.ch/education/IntermediateMicro/behavior.pdf>).

2.4. El Modelo Conductual: El “Homo vulgaris”

La denominada “Economía Conductual” pretende formular una teoría más realista del comportamiento económico de la gente. Trata de interpretar y predecir el comportamiento del hombre común y corriente, del “*homo vulgaris*”, a fin de comprobar si se ajusta a los supuestos del marco de decisión racional⁵ (MALETTA, 2010, p. 17). Utilizando hechos, modelos y métodos de otras ciencias como la Psicología, establece conclusiones descriptivamente precisa sobre la capacidad cognitiva humana y la interacción social (Fehr).

Esta tendencia económica ha criticado como las afirmaciones de economistas en algunas ocasiones no se apoyan en una revisión cuidadosa de la evidencia experimental y por el contrario, señala nuevos factores influyentes en el proceso de toma de decisiones (KAHNEMAN, 2003, p. 1468).

Sostiene el Doctor DANIEL KHANEMAN (2003, p. 1460), pionero de la Economía Conductual que los procesos de toma de decisiones ocurren mediante “razonamiento” o mediante “intuición”. El “razonamiento” es un proceso explícito, intencional, estructurado según normas y reglas de procedimiento lógico, exige esfuerzo reflexivo; la “intuición” no es voluntaria, es espontánea, y se forma perceptualmente como lo hacen las “impresiones”, no exige esfuerzos reflexivos. Observa KHANEMAN que la mayoría de juicios y escogencias son hechos “intuitivamente”, la gente usa preferentemente métodos “heurísticos” en la toma de decisiones.

La forma como los pensamientos llegan a la mente (mecanismo denominado “accesibilidad”) puede ser, según Kahneman (2003), estructurada o espontánea. La “accesibilidad” “estructurada” corresponde al dominio del “razonamiento”, supone intencionalidad y esfuerzos, la “accesibilidad” “espontánea” corresponde al dominio de los “juicios intuitivos” y no requiere ni intencionalidad, ni esfuerzos reflexivos, y puede

imperfectas generan incertidumbre. En tal contexto, el supuesto de racionalidad “... no proporciona una guía para entender las decisiones humanas tomadas en una diversidad de contextos cruciales que son fundamentales para el proceso de cambio” (NORTH, p. 46).

5 Según KATONA, “la economía de la conducta se ocupa de estudiar hasta donde la racionalidad determina, realmente, la conducta por parte de los consumidores, así como también por parte de los comerciantes.” (1979, p. 164).

corresponder a circuitos neuronales especializados. El mecanismo de “accesibilidad” que se utilice es función de las expectativas, las experiencias, los estímulos y los factores de presión del entorno a que se encuentra sometido el sujeto económico.

En concordancia con la teoría de KAHNEMAN acerca de la “accesibilidad espontánea”, GEORGE KATONA, uno de los fundadores de la psicología económica, plantea que los seres humanos siguen frecuentemente una conducta de tipo habitual, que sin importar el origen racional o no de los hábitos, en el contexto en que se actúa, estos no exhiben las características de una conducta racional. En tal sentido,

“la gente actúa como lo hizo antes en circunstancias similares, sin deliberar ni elegir. Los procedimientos de rutina y la aplicación de reglas empíricas tanto por parte de los consumidores como de los hombres de negocio, excluyen las consideraciones de las alternativas. El impacto de la pertenencia al grupo –actuar de la misma forma que otros en nuestro grupo o seguir al líder– del mismo modo se resuelve en una conducta que puede ser adecuada, pero difiere en gran parte de las fórmulas postuladas de conducta racional.” (KATONA, 1979, p. 165).

De otra parte, las críticas formuladas al “Modelo del Agente Económico Racional”, por los teóricos de la “Economía Comportamental” surgen de las condiciones de riesgo e incertidumbre, y de temporalidad, que caracterizan en el mundo real la toma de decisiones, y las cuales no eran correctamente consideradas en ese modelo.

El “Teorema de Bernoulli”, respetado por casi trescientos años, es cuestionado por la “Economía Comportamental”. KHANEMAN observa que en la toma de decisiones bajo riesgo, el sujeto económico evalúa los resultados esperados por la utilidad que le represente la posición de sus activos finales, y no simplemente por la maximización de su utilidad esperada como lo formulaba el señalado Teorema. Además, la función de utilidad no se toma como “dada y establecida” sino que se considera “cambiante”. Lo que puede ser preferencial y bueno en un momento no lo puede ser en otro momento; de allí que la tasa de descuento sugerida para la valoración de presente de utilidades esperadas sea hiperbólica y no exponencial como en la práctica tradicional (Khaneman, 2003, p. 1455).

Otro aporte fundamental en Economía Conductual es el realizado por DAN ARIELY, para quien la presentación de la decisión a tomar influye considerablemente en la elección. Ejemplo de esta tesis es el experimento realizado por JOHNSON y GOLDSTEIN, en el que se demuestra como independientemente de la cultura y caracterización de un país, los índices de donación de órganos dependen del diseño de formularios en los que se cuestiona a los agentes si quieren o no realizar la donación. En los países con menores índices, se pide que se marque si quiere participar en el programa de donación de órganos, mientras en los países con altos índices se pide que se marque si no quiere participar en el programa de donación de órganos. Demuestra de esta manera que en muchas ocasiones la elección no reside en quien debe

decidir, sino en quien propone, pues los agentes no realizan un “trade-off” que les permita decidir racionalmente si deben o no marchar el formulario. Mediante otras demostraciones muestra también que la preferencia de los agentes para tomar una decisión acertada depende del número de opciones sobre las cuales deba decidir, según ARIELY (2008), entre menores sean, más fácil será decidir.

Según DAN ARIELY (2008), al construir el mundo mental, por ejemplo el sistema de salud o el mercado de valores, los agentes olvidan limitaciones tales como desconocer con exactitud sus preferencias y, en consecuencia, ser susceptibles a influencias de fuerzas extrañas. En la medida en que seamos conciente de ello, será posible un mundo mejor.

Para la Economía Conductual, factores emocionales, como el optimismo o el ánimo de venganza, son también determinante en la toma de decisiones. Un experimento emblemático de este postulado es el denominado “juego de la confianza” realizado por un grupo de investigadores Suizos dirigidos por ERNST FEHR, en el que se demuestra como ante actuaciones no cooperativas y permitiéndose al perjudicado usar parte del dinero propio para castigar a quien no cooperó, el perjudicado por la decisión no cooperativa a pesar de haber perdido dinero inicialmente, no le importa perder aún más solo por satisfacer el instinto vengativo (SALAZAR, M. 2009)⁶.

2.5. Los límites de la economía conductual

Así como hizo crisis el “Modelo del *Homo Economicus*”, al advertirse los límites de la racionalidad sobre la cual se fundamentaba, también los “Modelos Conductuales” acusan graves y ostensibles limitaciones.

6 “Usted y un socio anónimo reciben US\$10 cada uno y usted es quien debe hacer la primera jugada. Usted debe decidir si le manda dinero a su socio o si se queda usted con el. Si usted se queda con el dinero, cada uno se queda con sus US\$10 y el juego se acaba. Si usted lo envía, los experimentadores cuadruplican la suma a US\$40, de modo que su socio ahora tiene US\$50. La pregunta obvia es: ¿por que regalaría sus US\$10 en primer lugar? La respuesta es que usted espera poder confiar en la próxima jugada de su socio. El puede elegir entre quedarse con los US\$50 – lo que a usted lo dejaría sin nada- o enviarle US\$25 de vuelta para que comparta la ganancia en montos iguales. Si su socio actúa racionalmente y en beneficio propio, nunca le mandaría los US\$25. Sabiendo esto y actuando de manera igualmente racional, usted nunca le mandaría el dinero que envió al principio. En consecuencia usted no hará nada y se ira a su casa. La buena noticia es que la gente es mas confiada y mas dada a la reciprocidad que lo que supone la teoría económica estándar. Durante el experimento muchas de las personas entregaban los US\$10 a sus socios y muchos socios hacían el gesto de reciprocidad de enviar US\$25 de vuelta. Pero el juego suizo no termina ahí. Si su socio decidiera quedarse con los US\$50, el experimento le daría a usted una oportunidad durante la próxima etapa del juego para usar parte de su propio dinero para castigarlo. Por cada dólar que usted gaste su socio codicioso pierde US\$2. En consecuencia, si usted decide gastar US\$25 su socio perdería todas sus ganancias. Uno podría pensar que las personas que acaban de perder dinero no estarían dispuestas a perder aun mas solo para “vengarse”. Es así que la mayoría de las personas de este experimento decidió vengarse se su socio.” (SALAZAR, 2010).

Los juicios que normalmente realizan los agentes son intuitivos, descomplicados y exitosos. Sin embargo, los humanos no piensan mucho a la hora de tomar una decisión intuitiva o emocionalmente⁷. Al pensar intuitivamente, es posible detectar un error potencial y tratar de corregirlo, el problema es saber cuando nos viene a la mente dudas acerca de nuestros juicios intuitivos.⁸ Esto depende de una serie de factores relevantes como el tiempo disponible, la dedicación exclusiva a una actividad, el manejo de horarios e inclusive el ánimo. Los psicólogos han descubierto también que se toman mejores decisiones cuando se evalúan los factores en grupo y no individualmente. Se dice que la facilidad de usar el pensamiento intuitivo está relacionada con la inteligencia, la capacidad cognitiva y el pensamiento estadístico del agente. (KAHNEMAN, 2003, p. 1467).

El sistema intuitivo, que implica decidir de conformidad con los gustos, conoce las reglas racionales y quiere obviarlas, sin embargo se ve obligado a usarlas cuando hay un error claramente detectado. En este sistema sólo es posible percatarse de un desequilibrio de información si hay prominencia de señales que indiquen la relevancia de ese factor; si el desequilibrio es detectado, se hará un esfuerzo para corregirlo, pero la corrección generalmente es insuficiente y los juicios finales quedan por consiguiente anclados a la idea intuitiva errada inicial (KANHEMAN, 2003, p. 1468).

2.6 ¿Es todavía ciencia la economía?

Los esfuerzos académicos recientes, resumidos brevemente antes, por aproximar el “Modelo del *Homo Economicus*” al comportamiento real del “*Homo Vulgaris*”, y el pobre resultado de los mismos, ante la infinita complejidad del asunto, ante el imposible de modelar con precisión e integralidad la realidad dinámica, por lo demás cada día mayormente “impredecible”, está conduciendo a cuestionar si tiene “racionalidad” la búsqueda misma de aproximaciones útiles de la realidad.

7 FREDERICK (2003, comunicación personal) utilizó rompecabezas sencillos para estudiar el autocontrol cognitivo, tal como en el ejemplo siguiente: “Un bate y una bola cuestan en total 1,10. El bate cuesta 1\$ más que la bola. ¿Cuánto cuesta la bola?” Casi todo el mundo muestra una tendencia inicial a responder “10 centavos”, debido a que la suma 1,10\$ se desglosa de forma natural en 1\$ y 10 centavos, y 10 centavos es más o menos la magnitud correcta. Frederick observó que muchas personas inteligentes sucumben a este impulso inmediato: el 50 por ciento (47/93) de un grupo de estudiantes de Princeton y el 56 por ciento (164/293) de los estudiantes de la Universidad de Michigan dieron la respuesta equivocada. Claramente, estos encuestados dieron su respuesta sin revisarla previamente. La sorprendentemente elevada tasa de errores habida en este problema tan sencillo pone de manifiesto lo poco que se controla el producto de un pensamiento asociativo realizado sin esfuerzo: la gente no está acostumbrada a pensar en serio, y a menudo se contenta con confiar en un juicio convincente que le viene rápidamente a la cabeza. (KAHNEMAN, p. 1450).

8 Para la adecuada realización de este aparte fue crucial el libro llamado *Behavioral law and economics*, de la Universidad de Cambridge y editado por CASS R. SUNSTEIN, precisamente porque es el resultado de un esfuerzo de sistematizar las investigaciones y los estudios en la materia.

Epistemólogos, economistas y otros científicos, han considerado que si la economía

“sólo se ocupa de crear y manipular modelos teóricos que no son capaces de manipularse en la realidad y que en realidad solo pueden ser sometidos a contratación empírica excepto adoptando audaces y poco creíbles supuestos, no queda claro si es una ciencia empírica o solo una rama de la lógica formal expresada en forma matemática” (MALETTA, 2010, p. 19).

Así las cosas, la teoría económica podría estar destinada a simplemente dibujar “caricaturas” de la realidad, en el mejor de los casos a lograr fotografías estáticas de ella, y no ha lograr una presentación viva y actuante de la misma, sin tratar siquiera de exigírsele visiones anticipadas confiables de la realidad económica, como se supone que toda ciencia debe proveer.

La ciencia avanza mediante la formulación de modelos nuevos cuando la evidencia deja de validar los modelos pre-existentes (KUHN, 1971). La importancia de la Economía Conductual es que permite percibir las debilidades del modelo de escogencia racional, dirigiendo a los economistas hacia donde se debe mejorar y por consiguiente aumentando la utilidad de la ciencia económica e impidiendo el cuestionamiento de su categoría científica (<http://www.cepe.ethz.ch/education/IntermediateMicro/behavior.pdf>).

3. LA ECONOMÍA CONDUCTUAL Y SU RELACIÓN CON EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO⁹

A continuación se expondrá, en aras de lograr una aproximación general al tema, que ha sido ampliamente desarrollado, cuál es la relación que existe entre la economía conductual y el estudio del Derecho, y cuales son los interrogantes que se plantean en relación con las ciencia jurídica y que buscan resolverse utilizando como medio los instrumentos que otorga por la economía conductual.

Generalmente el análisis económico del derecho, como se mencionó en apartes anteriores, posee como presupuesto principal los fundamentos de la economía neoclásica en la cual adquiere un rol protagónico el agente económico racional. Es así como, las ciencias sociales en las últimas décadas han realizado grandes descubrimiento acerca de la forma en la que las personas toman decisiones y la mayoría de tales estudios chocan con los soportes de los modelos racionales de elección, que son aquellos que han dominado en gran mayoría en el análisis económico

9 *“Observed preferences are not simply read off some master list; they are actually constructed during the elicitation process...Different elicitation procedures highlight different aspects of options and suggest alternative heuristics, which give rise to inconsistent responses.” Human beings do not generally consult a freestanding “preference menu” from which selections are made at the moment of choice”* (SUNSTEIN, 2000, p. 1).

del derecho. La experiencia empírica demuestra como el hombre en determinadas circunstancias tiene su interés y la racionalidad limitada. De hecho, los sujetos no son siempre racionales en el sentido e la economía supone. A pesar de ello el comportamiento de las personas no es impredecible o irracional, y por lo tanto el propósito de la Economía Conductual es aportar al estudio del derecho un enfoque que parta de conductas humanas reales (SUNSTEIN, 2000).

Por lo tanto es importante empezar a aproximarse a la ciencia jurídica teniendo en consideración los problemas cognitivos y motivacionales de los sujetos y con el propósito de entender así como los agentes responden a las reglas legales, como se forman las normas jurídicas (*positive analysis of law*), que mandatos son mas adecuados que otros para lograr conseguir determinadas metas (*prescriptive analysis of law*) y calcular en que punto termina la influencia del sistema normativo (*normative analysis of law*) (SUNSTEIN, THALER & JOLLS, 1998).

Es entonces fundamental entender como el enfoque que propone esta perspectiva se centra en una concepción de las elecciones humanas que refleje una visión mas exacta de la conducta de los agentes. En esta nueva visión del análisis económico del derecho se pretende construir

“un intento por generalizar nuevas tendencias en derecho por medio de estudios conductuales tomando dos caminos necesarios: proponer un marco sistemático para una aproximación conductual al análisis económico del derecho, y usar perspectivas conductuales para desarrollar modelos específicos en relación con asuntos de especial interés en derecho y economía” (JOLLS, SUNSTEIN, & THALER, 2000, trad.).

3.1. Construcción de las preferencias

Las preferencias y los valores humanos no se provocan por las situaciones sociales sino que se construyen, de tal forma que son un resultado del contexto y el procedimiento al momento de la elección¹⁰. Es por este motivo que el análisis económico del derecho debe empezar a implementar los estudios sobre la conducta y la elección humana, y ello porque el sistema normativo crea contextos para la toma de desiciones, de forma interna afectando lo que sucede en las cortes y de forma externa afectando lo que sucede en las transacciones ordinarias del mercado¹¹ (SUNSTIEN, 2000, p. 2).

10 “... The alternatives (selected to be) placed before a jury or judge may matter a great deal; liability or conviction on some count A may very much depend on the nature of counts B, C and D. In this respect the preferences and values of judges and juries can be constructed, not elicited, by the legal system” (Sunstein, 2000, p. 2).

11 “When, for example, people are choosing between some small radio A and midsized radio B, most may well choose A; but the introduction of a third, large radio C is likely to lead many people to choose B instead. Thus the introduction of a third, unchosen (and in that sense irrelevant) option may produce a switch in choice as between two options” (SUNSTEIN, 2000, p. 3).

Está hoy comprobado que las personas toman decisiones basándose en construcciones heurísticas, predisposiciones o aversiones que pueden producir buenas elecciones, en ciertos casos, así como también pueden ser causa de errores sistemáticos. A continuación se hará entonces una breve descripción de algunas de estas tendencias y su particular relevancia para efectos legales.

3.1.1. Las predisposiciones

3.1.1.1. “Extremenessaversion”

En cuanto a los diversos prejuicios que pueden presentar los agente económicos es importante resaltar el llamado *extremenessaversion* que alude al hecho de que los sujetos son hostiles a los extremos y ello que causa los llamados *compromise effect*: entre diversas alternativas de elección muchas personas buscan un compromiso pues ante un menú de opciones la mayoría de los sujetos escogen el segundo ítem menos valioso, precisamente por la precesencia del ítem mas valioso. Por lo tanto es posible afirmar que el marco de posibilidades de elección influye en la toma de decisiones. La introducción de (aparentemente irrelevantes) alternativas en el marco de opciones puede alterar el resultado; “...it also has large consequences for legal advocacy and judgement, as well as for predicrions about the effects of law. How can a preferred option best be framed as the “comprimise” choice? When should a lawyer argue in the alternative, and what kinds of alternative arguments are most effective? This should be a central question for advocates to answer”. (SUNSTEIN, 2000, p. 3)¹².

3.1.1.2 “Optimistic bias”

Por otro lado es importante mencionar el denominado *optimistic bias* que alude al hecho de que los humanos tienden a ser muy optimistas, lo que puede implicar la comisión de ciertos errores. De hecho, las personas consideran que es menos posible que los riesgos se les presenten a ellos que a los demás y por tanto existe una sistemática sobreconfianza al momento de juzgar los riesgos (SUNSTEIN, 2000). “Furthermore, people filter self-referential information with the same asymmetry to bolster or maintain self-esteem”(LANGEVOORT, 2000, p. 151).

12 “For instance... people may not attach an expects dost of \$10,000 to a 0.2 (objective) probability of having to pay \$500,000 extra in damages under a redistributive tort rule; they may tend to underestimate the probability that they will incur liability – and thus they may tend to underestimate the expected cost of the rule – as a result of unrealistic optimism” (JOLLS, 2000, p. 292).

El profesor de Georgetown University Langevoort (2000), al referirse a la manera en que las corporaciones inducen a error a los inversionistas del mercado de valores, sostiene que la excesiva confianza de las empresas es predecible y comunmente observada; así como es frecuente que el permanente control ilusorio en varios negocios sea sistemático y afecte las creencias sobre el crecimiento de dichas compañías, en la medida en que hay un aumento en la tendencia a sobre estimar el riesgo (Langevoort, 2000) (LANGEVOORT, 2000). Es por ello que al autor citado propone una intervención legal para empezar a afectar el exceso de optimismo en las compañías.

“The law would want to create incentives to force the “debasing” of corporate inference;... the first step toward achieving this end would be to develop a definition of corporate scientist that focuses on the attribution of knowledge to the firm. In response, corporations wishing to avoid liability would have an incentive to bring into the disclosure process persons not subject... to the same biases” (LANGEVOORT, 2000, p. 157).

El exceso de optimismo tiene adicionalmente una importante relación con el análisis de las normas redistributivas. En términos de Christine Jolls dichas normas son *“rules chosen for their effects in shifting wealth from high –income to low-income individuals (progressive redistribution)”* (JOLLS, 2000, p. 289). La discusión es en la actualidad sumamente relevante y ha sido objeto de amplias discusiones en la comunidad legal precisamente porque para algunos estudiosos la redistribución directa que se realiza por medio de los impuestos es menos costosa. Según la autora citada, al analizar como dichas normas afectan los incentivos laborales siguiendo los postulados de la economía conductual, tales incentivos se distorsionan menos con las normas de redistribución que con los impuestos. Uno de los motivos por los que es posible concluir ello hace referencia al optimismo ilusorio de las personas pues los sujetos tienden a sobre estimar las probabilidades de la ocurrencia de adversidades cobijados por una ley redistributiva; en esta medida su “costo percibido” de tal norma será menor; y como consecuencia sus incentivos laborales tenderán a sufrir un menor grado de desatorción que aquel que sufrirían por motivo de un impuesto, suponiendo que los ingresos para el Estado serían los mismos en cualquiera de las situaciones (JOLLS, 2000, p. 292)¹³.

13 *“In its normative orientation, conventional law and economics is often strongly antipaternalistic. The idea of “consumer sovereignty” plays a large role; citizens, assuming they have reasonable access to relevant information, are thought to be the best judges of what will promote their own welfare. Yet many of the instances of bounded rationality discussed above call this idea into question – and also... call into question the idea that intervention by government actors, who themselves may face the same cognitive or motivational problems as everyone else, can improve matters. In this way bounded rationality pushes toward a sort of anti-antipaternalism – a skepticism about antipaternalism, but not an affirmative defense of paternalism”* (JOLLS, SUNSTEIN & THALER, 2000, p. 46).

Por otro lado, el optimismo ilusorio plantea un serio cuestionamiento a las objeciones convencionales al paternalismo jurídico¹⁴ (JOLLS, SUNSTEIN, & THALER, 2000). Sin embargo cabe aclarar que “...while bounden rationality may increase the need for law (if government’s failings are less serious than citizens’), bounden self-interest may reduce it, by creating norms that solve collective action problems even without government intervention”(Jolls, Sunstein, & Thaler, A behavioral approach to law and economics, 2000, p. 47).

3.1.1.3 “Status quo bias”

A las personas en general les agrada el *status quo* por este motivo demandan grandes exigencias para apartarse de él. De hecho “people evaluate situations largely in accordance with their relation to a certain reference point; gains and losses from the reference point are crucial” (SUNSTEIN, 2000, p. 4). En el ámbito jurídico la tendencia al status quo es un fenómeno importante porque este último es en sí mismo un punto importante de referencia para las normas legales. Específicamente respecto de la relación del status quo y los contratos, el doctor Russel Korobkin sostiene que los individuos le dan un mayor valor a un derecho si éste les pertenece y un menor valor a los derechos que no les pertenecen¹⁵ (KOROBKIN, 2000). Esta tendencia antes expuesta puede entonces llegar a afectar los términos contractuales si las partes contratantes le atribuyen un mayor valor a un determinado término contractual en la medida en que perciban que el mismo se acerca o se aleja de su status quo (claro está que pueden presentarse ciertas hipótesis en las que el status quo no afecte los términos contractuales si las partes perciben que éstos no les reportan beneficios perceptibles). Por lo tanto “understanding the different manifestations of the status quo bias is likely to require a clearer understanding of what motivates the bias”(KOROBKIN, 2000, p. 142).

14 “In a well-known experiment... subjects were randomly divided and given either a coffee mug or \$6 in cash. “Mug owners” were asked to reveal the minimum amount they will be willing to accept to sell the mug (their “WTA” value)...While the traditional assumption of preference exogeneity leads to the prediction that 50 percent of the mugs would trade hands (because there was no reason to think subjects in one group valued mugs more than subjects in the other group), mug owners actually valued the mugs at roughly twice as high a price as did cash holders, which caused very few trades to occur”(KOROBKIN, 2000, p. 118).

15 “Consider a company that says “cash discount” rather than “credit card surcharge”, or a parent who says that for behavior X (rather than behavior Y) a child will be rewarded as opposed to saying that for behavior Y (rather than for behavior X) a child will be punished, or familiar advertisements to the effect that “you cannot afford not to” use certain product. In environmental regulation, it is possible to manipulate the reference point by insisting that policy makers are trying to “restore” water or air quality to its state at time C; the restoration time matters a great deal to people’s choices” (SUNSTEIN, 2000, p. 6).

3.1.2. La valoración

3.1.2.1. “Loss aversion”

Los sujetos son adversos a las pérdidas. De hecho, se disgustan aproximadamente el doble con una pérdida que aquello que se complacen por una ganancia equivalente. Por este motivo el doctor Cass Sunstein opina que el Teorema de Coase puede ser criticado desde este punto de vista: dicho teorema propone que cuando no hay costos de transacción la asignación de los derechos iniciales no es relevante en la medida que no afecta el resultado final que se logra luego de las negociaciones; sin embargo según la economía conductual la asignación inicial de los derechos si puede ser relevante, pues aquellos que posían el derecho inicialmente lo valoran más que aquellos que no tenían el derecho (SUNSTEIN, 2000). *“The legal entitlement creates an endowment effect, that is, a greater valuation stemming from the mere fact of endowment”* (SUNSTEIN, 2000, p. 6). Por lo tanto, el valor asignado a determinados objetos se incrementa sustancialmente en la medida en que una persona tenga dicho objeto y aún mas en consideración al tiempo en que lo ha tenido; el valor de un derecho cambia de acuerdo a quien lo posea (KAHNEMAN, KNETSCH & THALER, 2000).

Por causa de la aversión a las pérdidas es como también es posible que se produzcan contratos ineficientes en virtud de los precedentes históricos de las partes; por ende, las firmas mas antiguas pueden tener acuerdos mas ineficientes que las firmas nuevas precisamente porque éstas pueden negociar sin tener en cuenta sus contratos anteriores. Por lo tanto, de acuerdo a lo dicho anteriormente, es posible sostener que la aversión a las pérdidas causa una importante asimetría en los acuerdos que involucran pérdidas y ganancias (KAHNEMAN, KNETSCH & THALER, 2000).

“Another manifestation of loss aversion in the context of multiattribute negotiations is what might be termed “concession aversion”, a reluctance to accept a loss on any dimension of an agreement” (KAHNEMAN, KNETSCH, & THALER, 2000, p. 228).

Es además importante mencionar que, si bien los individuos son adversos a las pérdidas, un determinado evento es considerado como pérdida o ganancia, no según los hechos en sí mismos, sino de acuerdo a una escala de factores contextuales. El status quo es el punto de referencia para el juzgamiento de los sujetos en estos casos. Sin embargo, determinadas situaciones tienden a cambiar el marco de referencia de las personas¹⁶. Se trae a colación esto último precisamente porque

16 *“For example, Messik and Sentis divided subjects into two groups: one group was told to imagine that they had worked seven hours at a task and the others had worked ten hours. Subjects who worked seven hours were paid \$25. Subjects’ were asked how much the subjects who had worked ten hours*

hoy en día el punto más importante de referencia es la ley (*“where was the legal system placed the initial entitlement?”*) (SUNSTEIN, 2000, p. 6) y por ello mismo es de crucial importancia considerar, entre otros temas, como la norma jurídica influye en la distribución de derechos.

3.2. “The demand for Law”

Otro aspecto al que busca dar respuesta la economía conductual hace referencia a estudiar *porque la ley es como es*. A continuación se presentarán entonces, determinados supuestos que permiten entrar a cuestionarse desde distintos puntos de vista lo antes planteado.

3.2.1 “Self-serving bias”

El juzgamiento que cada sujeto realiza sobre la justicia es “self-serving”, cada cual tiende a ser optimista al extremo de ser irrealista y a tener un exceso de confianza en sí mismo. De hecho, los profesores Linda Babcock y George Loewenstein luego de varias investigaciones han logrado concluir que los sujetos tienden a pensar en qué es justo de acuerdo a sus propios y personales intereses¹⁷ (Babcock & Loewenstein, 2000). Estas afirmaciones pueden dar una guía para explicar el hecho de que muy pocos conflictos legales logran terminar en acuerdo y la razón por la cual el sistema legal invierte tanto en los procesos tendientes a lograr acuerdos o convenios (SUNSTEIN, 2000). *“Part of the answer lies in the fact that self-serving bias –a belief that one deserves more than other people tend to think– affects both parties to a negotiation, and this makes agreement very difficult”* (SUNSTEIN, 2000, p. 8).

3.2.2 “Cooperation, homo reciprocans”

Hoy en día es evidente que la economía asume como presupuesto que el hombre es interesado y “egoísta”, ello en el sentido en que está en constante búsqueda de su propio bienestar material por encima del bienestar de los demás. A pesar de que tal supuesto se cumple en muchas circunstancias, el doctor Cass Sunstein sostiene que es un principio que no se puede generalizar: señala que las personas también quieren actuar y ser tratadas con justicia, y más aún quieren ser vistas actuando justamente. Se trata entonces no ya de un “homo economicus” sino de un “homo

should be paid. Seven-hours subjects, on average, thought the ten-hours subjects should be paid \$30.29. However, the ten-hour subjects thought they should be paid \$35.24. The difference between \$30.29 and \$35.24 -\$4.95- was cited as evidence of a self-serving bias in perception or fairness” (BABCOCK & LOEWENSTEIN, 2000).

reciprocans” y esta aseveración tiene importantes efectos legales en la medida en que los individuos pueden sacrificar su interés económico en aras de parecer justos ante los demás (SUNSTEIN, 2000).

“Perhaps people will not violate norms for fairness, even when doing so is their economic self-interest...It may well be that contracting parties are reluctant to take advantage of misfortune, partly because of social constraints on self-interested behavior...acrimony, can play an important role in determining legal outcomes” (SUNSTEIN, 2000, pp. 8-9).

3.1. El futuro de la economía conductual

El análisis económico del derecho ejecutado desde el punto de vista de la economía conductual está, en la actualidad, en estados prematuros; es una ciencia cuyos estudios e investigaciones apenas empiezan a dar sus primeros frutos. Adicionalmente, muchas de las respuestas a las preguntas que esta ciencia plantea son empíricas y no han dejado hoy de estudiarse en campos experimentales (SUNSTEIN, 2000). Asimismo existen aún interrogantes fundamentales por resolver:

“...can behavioral economics generate a unitary theory of behavior, or is it an unruly collection of effects? Is it too ad hoc unruly to generate predictions in the legal context? As compared with approaches based on ordinary rationality assumptions, does behavioral economics neglect the value of parsimony? Un what sense is behavioral economics a form of economics at all?” (SUNSTEIN, 2000, p. 9).

Como es posible evidenciar por lo expuesto anteriormente el análisis jurídico que es posible realizar partiendo de los presupuestos económicos de la economía conductual es sumamente vasto, aunque la misma sea aún hoy pionera y novedosa. Por esta razón lo realizado precedentemente fue un intento por sistematizar y exponer los diversos estudios efectuados en aspectos legales puntuales y específicos con el propósito de demostrar las diversas posibilidades de análisis que brinda esta “rama” de la economía.

Finalmente, para concluir este aparte y describir la importancia que adquiere el nuevo campo de la economía conductual en relación con el análisis del derecho, son muy ilustrativas las afirmaciones que el profesor CASS R. SUNSTEIN sostiene sobre la materia:

“...people are frequently both unselfish and overly optimistic; they have limited willpower and limited self-control; and they often rely on mental shortcuts and rules of thumb (...). [The behavioral economics] explores the impact of human nature on legal matters (...), and shows how, with a clearer knowledge of human behavior, we might be better able to predict the actual effects of law and to assess the real, and potential, role of law in society” (SUNSTEIN, 2000, p. i)

CONCLUSIONES

- Desde el renacimiento, todas las ciencias, y por supuesto el Derecho y la Economía, han ido construyendo unos cuerpos de teoría de estructura y contenidos básicamente racionalistas de forma tal que los individuos son considerados como agentes racionales. Por el contrario a denominada “Economía Conductual” pretende formular una teoría más realista del comportamiento económico de las personas intentando estudiar al *homo vulgaris*, teniendo en cuenta las emociones y la intuición de los individuos.
- La importancia de la Economía Conductual es que permite percibir las debilidades del modelo de escogencia racional, dirigiendo a los economistas hacia donde se debe mejorar y por consiguiente aumentando la utilidad de la ciencia económica e impidiendo el cuestionamiento de su categoría científica
- La economía conductual demuestra como es fundamental empezar a aproximarse a la ciencia jurídica teniendo en consideración los problemas cognitivos y motivacionales de los sujetos, ello porque la experiencia empírica demuestra como los sujetos no son siempre racionales en el sentido e la economía supone.
- Las personas toman decisiones basandose en construcciones heurísticas, predisposiciones o aversiones que pueden producir buenas elecciones, en ciertos casos, así como también pueden ser causa de errores sistemáticos. Teniendo en cuenta algunos de estos supuestos es posible deducir importantes consecuencias en campos jurídicos específicos: la aversión a los extremos, el exceso de optimismo, la tendencia a mantener el status quo, la hostilidad a las pérdidas, tendencia a favorecerse a sí mismo, propensión al altruismo, entre otros.
- El análisis jurídico que se puede realizar partiendo de los presupuestos económicos de la economía conductual es sumamente vasto y por lo tanto la literatura legal producida hasta el momento se centra en resolver cuestiones jurídicas puntuales y específicas. Por este motivo este estudio ha buscado esbozar los diversos alcances de investigación que esta ciencia brinda.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIELY, D. (2007). Are we in control of our decisions?. Recuperado el 19 de Junio de 2010 de: <http://www.youtube.com/watch?v=9X68dm92HVI>
- BABCOCK, L. & LOEWENSTEIN, G. Explaining bargaining impasse: the role of self-serving biases. In S. Cass (ed.), *Behavioral law and economics* Cambridge: Cambridge University. 2000; 355-373.

- Behavioral Economics, Recuperado el 15 de Junio de: <http://www.cepe.ethz.ch/education/IntermediateMicro/behavior.pdf>
- Enciclopedia práctica JACKSON. Tomo V. México D.F: W.M. JACKSON Inc. Editores. 1963.
- FEHER, E. *Experimental and Behavioral Economics*. Recuperado el 15 de Junio de 2010 de: <http://web.mit.edu/14.193/www/Fehr-MIT-Lecture1-2.pdf>
- Harsanyi, J. Rational choice. *Advances in Understanding Rational Behavior*. U.S.A: New York University Press. Editado por Elster, J. 1986.
- JOLLS, C. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. In C. Sunstein (ed.), *Behavioral law and economics* Cambridge: Cambridge University. 2000; pp. 288-301.
- JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. & THALER, R. A behavioral approach to law and economics. In C. Sunstein (Ed.), *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University. 2000; pp. 13-58.
- KAHNEMAN, D. (2003). Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics American economic review, ISSN 0002-8282, Vol. 93, N° 5, pp. 1449-1475. Recuperado el 20 de Junio de 2010 de: <http://www.econ.tuwien.ac.at/Lotto/papers/Kahneman2.pdf>
- KAHNEMAN, D.; KNETSCH, J. & THALER, R. (2000). *Experimental test of the endowment effect and the coase theorem*. (C. Sunstein, Ed.) Cambridge: Cambridge University.
- KATONA, G. *Psicología de la Economía*. Argentina: Editorial El ateneo. 1979.
- KOROBKIN, R. Behavioral economics, contract formation, and contract law. In *Behavioral law and economics* Cambridge: Cambridge University. 2000, pp. 116-143.
- KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica. 1971.
- LANGEVOORT, D. Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms). In C. Sunstein (Ed.), *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University. 2000; pp. 144-167.
- MALETTA, H. (2010). *La evolución del Homo economicus: problemas del marco de decisión racional en Economía*. *Economía*, Vol. XXXIII, N° 65, semestre enero-junio 2010, p. 9-68. Recuperado el 20 de Junio de: <https://bases.javeriana.edu.co/vdesk/index.php3?Z=0,5>
- NORTH, D. *Para entender el proceso de cambio económico*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 2007.
- SALAZAR, M. (2009). *La Economía conductual y el fin de la Economía racional*. Recuperado el 19 de junio de 2010 de: <http://manuelgross.bligoo.com/content/view/577962/La-economia-conductual-y-el-fin-de-la-economia-racional.html>
- SUNSTEIN, C. (ed.). (2000). *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University.
- SUNSTEIN, C.; THALER, R. & JOLLS, C. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50 (5), 1471 - 1550.

